

SÔNIA MARIA MOREIRA DOS SANTOS

**ABANDONO AFETIVO E RESPONSABILIDADE CIVIL:
a inobservância do dever de cuidado como ato ilícito à luz
do entendimento jurisprudencial do STJ.**

BRASÍLIA - DF

2018

SÔNIA MARIA MOREIRA DOS SANTOS

**ABANDONO AFETIVO E RESPONSABILIDADE CIVIL:
a inobservância do dever de cuidado como ato ilícito à luz
do entendimento jurisprudencial do STJ.**

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como requisito parcial para obtenção do título de bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Thiago Santos Aguiar de Pádua

BRASÍLIA - DF

2018

SÔNIA MARIA MOREIRA DOS SANTOS

**ABANDONO AFETIVO E RESPONSABILIDADE CIVIL:
a inobservância do dever de cuidado como ato ilícito à luz
do entendimento jurisprudencial do STJ.**

Monografia apresentada à Faculdade de
Ciências Jurídicas e Sociais do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB como
requisito parcial para obtenção do título de
bacharela em Direito.

Data de aprovação: Brasília-DF, ____ de _____ de ____ .

BANCA EXAMINADORA

Msc. Thiago Santos Aguiar de Pádua
Professor Orientador

Nome do professor(a) avaliador, Titulação (Esp., Ms., Dr.).
(Membro 1 – Instituição a qual esse professor (a) pertence)

Nome do professor(a) avaliador, Titulação (Esp., Ms., Dr.).
(Membro 2 – Instituição a qual esse professor (a) pertence)

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pois sem ele eu não teria forças para essa longa jornada, ao meu pai Senhorinho “*in memoriam*”, minha querida mãe Aderice, que sempre me deu apoio e força no decorrer desse longo caminho, cheio de desafios, mas também de muito conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida e por ter me proporcionado chegar até aqui. Agradeço aos meus pais, especialmente, meu pai que mesmo não presente fisicamente, esteve ao meu lado ao longo dessa jornada. Ao meu irmão que apoiou e incentivou nas horas difíceis. Sou grata, também, às amigas Ana e Helaine, que não me deixaram ser vencida pelo cansaço e sempre me acolheram nos momentos de angústia e até de desespero. Obrigada ao meu namorado Felipe que me estimulou, deu força e compreendeu minha ausência pelo tempo dedicado aos estudos.

Agradeço, também, aos professores que sempre estiveram dispostos a ajudar e contribuir para um melhor aprendizado, em especial ao meu professor e orientador, que sempre procurou me deixar calma diante das dificuldades. E não poderia deixar de agradecer a minha instituição por ter me dado à chance e todas as ferramentas que permitiram chegar, hoje, ao final desse ciclo de maneira satisfatória.

“O que mata um jardim não é o abandono. O que mata um jardim é esse olhar de quem por ele passa indiferente. E assim é com a vida, você mata os sonhos que finge não ver”.

(Mário Quintana)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar o tema responsabilidade civil por abandono afetivo à luz do princípio da afetividade e da jurisprudência do STJ. O princípio da afetividade é considerado nos dias atuais como pilar essencial nas relações familiares. Inicialmente foi abordado a guarda no ordenamento jurídico brasileiro. Essa abordagem apontou a influência do princípio da afetividade nas decisões sobre definição da guarda, demonstrando a nova ideia de família, após o fenômeno da constitucionalização do direito desta. Discute-se, ainda, a possibilidade deste princípio como marco normativo possível, apresentando dois julgados, um que chegou a corte superior e outro do juízo de primeiro grau, para que dessa forma fosse possível verificar o entendimento jurisprudencial. Neste mesmo momento, tratamos também das obrigações decorrentes do poder familiar. Após breve demonstração de conceitos básicos de responsabilidade civil, seguimos com a análise do dano moral e a possibilidade de configuração da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Dano Moral. Dever de cuidado. Princípio da Afetividade. Responsabilidade Civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	11
2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO MARCO NORMATIVO POSSÍVEL	32
3 REFLEXOS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASO DE ABANDONO AFETIVO	44
3.1 Breves considerações sobre responsabilidade civil	44
3.2 Dano Moral.....	46
3.3 A configuração da responsabilidade por abandono afetivo	47
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

Inúmeras mudanças sobre concepção de família têm ocorrido ao longo da história. Assim, sai-se de uma família patriarcal e totalmente patrimonialista para uma baseada no afeto e igualdade de seus membros. Logo, paradigmas são rompidos, tanto de maneira coletiva como individual.

Essas mudanças ocorrem após a despatrimonialização do Direito Civil, antes de tal fato, a família tinha como base as questões de cunho patrimonial. Os princípios constitucionais tornam-se elementos essenciais na interpretação das normas jurídicas, tendo como principal base a dignidade da pessoa humana, e até mesmo a busca individual pela felicidade de cada indivíduo.

O ordenamento jurídico assume posição protecionista, onde a dignidade da pessoa humana não poderá ser violada e nenhuma norma poderá ser interpretada de maneira a ferir tal princípio. Com essas mudanças, onde a proteção do indivíduo é primordial, percebe-se que alguns são mais frágeis que outros e tem a necessidade de maior proteção. Essa, por sua vez, ocorre de diversas maneiras: física, emocional ou intelectual. Considera-se que crianças e adolescentes abandonados afetivamente mereçam maior proteção por sua vulnerabilidade.

O pátrio poder familiar será substituído pelo poder familiar, a partir desta substituição considera-se um modelo de família protecionista, onde os genitores têm o dever de proteção para com seus filhos. Essa proteção é necessária para que o menor cresça de forma sadia.

O ordenamento jurídico atual visa o melhor interesse da criança e do adolescente acima de qualquer situação. O abandono afetivo, por sua vez, surge a partir da observação do quanto é importante a proteção ao menor. Desse modo, passamos a analisar o abandono afetivo à luz da nossa doutrina e também pela jurisprudência.

O ordenamento jurídico é ostensivo ao afirmar que a punição dada a quem pratica o abandono afetivo, será a destituição do poder familiar. Contudo, o presente trabalho irá abordar a possibilidade de reparação civil nos casos de abandono afetivo,

por conduta omissiva por parte de um dos genitores quanto aos deveres advindos do poder familiar.

Após uma análise acerca do novo Direito das Famílias, que se deve à inserção dos princípios constitucionais na interpretação das normas e dos elementos basilares para concretização da responsabilidade civil extracontratual, analisaremos se verdadeiramente a afetividade se institui como dever determinado pelo Poder Familiar, dentro do dever de cuidado, e a possibilidade de aplicação de danos morais em favor do menor que sofrerá o abandono. Para isto é elementar discutir a possibilidade indenizatória por abandono afetivo e também segundo relevância jurídica.

1 GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

É clara e definida a grande importância dos pais no desenvolvimento dos filhos. Estes são as primeiras pessoas com quem a criança desenvolve uma relação de afeto, convivência, referência e espelho. É no seio familiar que o menor desenvolve sua personalidade, recebe educação, afeto, imposição de limites e regras, de modo a impactar de forma direta na sociedade. Assim, esta convivência se torna possível através do instituto da guarda.

O ordenamento jurídico brasileiro atribui aos pais deveres a serem exercidos na relação familiar para com os filhos. A nossa Carta Magna de 1988, em seu artigo 227 atribui à família o dever de garantir à criança e ao adolescente total prioridade aos direitos fundamentais, proibindo que seja praticado contra o menor, qualquer discriminação, violência, exploração, crueldade ou abandono.

O Estatuto da Criança e do Adolescente reforça o dever do cuidado dos pais para com os filhos. Já o Código Civil não se obsteu de tratar sobre o tema e prevê a responsabilidade na relação paterno filial. O artigo 1.579, também do Código Civil, rege que o divórcio não modifica deveres e direitos dos pais em relação à prole, tampouco um novo casamento contraído por qualquer dos pais em nada implicará nas restrições aos direitos e deveres destes.

Veja a redação dos artigos citados acima:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (BRASIL, 1988)

“Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei”. (BRASIL, 1990)

“Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; [...]”. (BRASIL, 2002)

“Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo”. (BRASIL, 2002)

O conteúdo dos artigos citados acima, normatizam as obrigações inerentes ao poder familiar.

Flávio Tartuce (2017), salienta que:

“A guarda de fato traz mais complexidade do que a mera autoridade parental (ou poder familiar), preenchido pela educação e pela constante orientação, que demandam tempo, esforço e ampla responsabilidade dos que detém a guarda. E, com o cabido, respeito, o correto preenchimento desse trinômio não pode ser realizado a distância, nem mesmo com o uso das tecnologias mais variadas. A constante presença física ainda é impreterível para os principais elementos da profunda formação de um filho”. (TARTUCE, 2017, p. 227)

Assim, de acordo com Tartuce (2017), podemos então apurar que a guarda não tem como elemento somente a autoridade parental e que existem outros elementos nessa relação, como por exemplo a convivência dos pais com os filhos.

Em sua obra de grande preciosidade para o Direito de Família, Fachin (2012), aponta que:

“A regra geral do art. 1.612 é, sempre, como não podia deixar de ser, a proteção dos interesses da criança e do adolescente.

A doutrina já assentou muito bem posicionada essa perspectiva dos direitos subjetivos dos filhos, por exemplo, no campo da visitação: “[...] não se deve olvidar a relevância do direito à convivência familiar, para se preservarem os direitos de personalidade da criança, protegidos na seara constitucional [...]”

Em sede de guarda de filhos registra-se discutível orientação: “a jurisprudência tem considerado, assim, que inexistente a preferência e no pressuposto de incorrer qualquer inconveniente material ou moral, melhor atende aos interesses do menor, de tenra idade a sua permanência na companhia da genitora, pelo menos até o julgamento definitivo da separação judicial.”

Nesse campo, o tema fundamental é o melhor interesse da criança, sem óbices.

Há casos em que o poder familiar é suspenso ou destituído, por exemplo, na desobediência das obrigações inerentes ao pai, ao castigar o filho, ou quando o deixa em abandono, ou, ainda, quando pratica atos contrários à moral e aos bons costumes, temperados, evidentemente, com o melhor interesse da criança e não apenas com juízos apriorísticos.

Em relação a essas circunstâncias, o Poder Judiciário, por meio do órgão judicante, interfere destituindo o poder familiar, lançando mão da guarda como um meio de colocar o menor em outra família ou associação familiar, ofertando-lhe assistência, até que se defina o destino que lhe será dado". (FACHIN, 2012, p.138)

A partir dos ensinamentos de Fachin (2012) e Tartuce (2017), podemos afirmar que a guarda não está ligada somente ao poder familiar, mas sim ao que é de interesse à criança ou ao adolescente. Por isso, poderá haver destituição do poder familiar caso essa guarda não seja a prevista constitucionalmente, o que poderá ser concedida a terceiros. Obviamente, o poder judiciário é cauteloso ao tratar desta situação, mas a destituição do poder familiar pode ser usada, embora em último caso.

Galeano (2017), em sua obra de Direito de Família, citando Fachin (2012), sobre o dever de guarda dos filhos, nos diz que:

"A vida jurídica da família saiu da seara privada; os direitos das crianças e dos adolescentes, por exemplo, passaram a ser lei exigível andá que contra os desejos dos pais que ainda cultivam um bloqueio em admitir que, na educação dos filhos, eles também, cotidianamente, tem muito a aprender. Ademais vale ressaltar que, à liberdade adquirida falta, muitas vezes, a percepção da responsabilidade e do limite" (FACHIN *apud* GALEANO, 2017, p. 620)

A luz da fala de Fachin (2017), podemos reconhecer que os direitos da criança e do adolescente tomaram força, o novo conceito de família deixou no passado a ideia de que, o poder familiar deveria ser exercido sem questionamentos, o que não se mantém nos dias de hoje, pois o menor adquiriu o poder de exigir os seus direitos.

Dessa forma, os casos em que os pais são questionados judicialmente sobre o dever de afeto, nas ações de indenizações por abandono afetivo podem ser citados a título de exemplificação.

Ainda buscando na fonte doutrinária de Galeano (2017), encontra-se a definição das modalidades de guarda, vejamos:

“a) guarda unilateral ou exclusiva — é a modalidade em que um dos pais detém exclusivamente a guarda, cabendo ao outro direito de visitas. O filho passa a morar no mesmo domicílio do seu guardião;

b) guarda alternada — modalidade comumente confundida com a com- partilhada¹⁸, mas que tem características próprias. Quando fixada, o pai e a mãe revezam períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visitas. Exemplo: de 1.º de janeiro a 30 de abril a mãe exercerá com exclusividade a guarda, cabendo ao pai direito de visitas, incluindo o de ter o filho em finais de semanas alternados; de 1.º de maio a 31 de agosto, inverte-se, e assim segue sucessivamente. Note-se que há uma alternância na exclusividade da guarda, e o tempo de seu exercício dependerá da decisão judicial. Não é uma boa modalidade, na prática, sob o prisma do interesse dos filhos;

c) nidação ou aninhamento — espécie pouco comum em nossa jurisprudência, mas ocorrente em países europeus. Para evitar que a criança fique indo de uma casa para outra (da casa do pai para a casa da mãe, segundo o regime de visitas), ela permanece no mesmo domicílio em que vivia o casal, enquanto casados, e os pais se revezam na companhia desta. Vale dizer, o pai e a mãe, já separados, moram em casas diferentes, mas a criança permanece no mesmo lar, revezando-se os pais em sua companhia, segundo a decisão judicial. Tipo de guarda pouco comum, sobretudo porque os envolvidos devem ser ricos ou financeiramente fortes. Afinal, precisarão manter, além das suas residências, aquela em que os filhos moram. Haja disposição econômica para tanto!;

d) guarda compartilhada ou conjunta — modalidade preferível em nosso sistema, de inegáveis vantagens, mormente sob o prisma da repercussão psicológica”. (GALEANO, 2017, p. 613)

Neste sentido, é elementar destacar que a guarda adotada em nosso ordenamento jurídico, é a compartilhada. Instituto da guarda compartilhada, se caracteriza por ambos os genitores exercerem de forma simultânea a guarda dos filhos menores. Dessa forma, os direitos e obrigações são exercidos pelos dois, não existe de forma obrigatória e pontual, uma determinação sobre a moradia, nem mesmo sobre os momentos ou datas que a criança ou o adolescente permanecerá com companhia de um ou de outro. Contudo, o filho poderá residir em uma única casa, sendo essa a do pai ou da mãe.

Estabelece-se que o genitor que não for o guardião tem direito à visita. Não será necessário que os genitores residam na mesma localidade, o que o instituto da guarda compartilhada visa é proteger a convivência tranquila e pacífica do menor com ambos os genitores. Assim, ambos poderão compartilhar decisões importantes em relação a criança ou adolescente, de maneira a deduzir que apesar de pais separados,

o menor terá sempre a presença dos dois genitores na sua formação intelectual, moral e psicológica.

Ischida (2014), ao lecionar sobre o instituto da guarda, nos ensina que:

“Guarda é o conjunto de relações jurídicas que são firmadas entre uma pessoa e a criança ou adolescente, resultante do fato de estar sob o poder ou com companhia daquela, e da responsabilidade daquela em relação a este, quanto a vigilância, direção e educação”. (ISCHIDA, 2014, p. 86)

Baseando-se nas palavras de Ischida (2014), podemos compreender que este tipo de guarda se trata de um conjunto de relações jurídicas que tem como sujeitos, o detentor da guarda e o menor. Essa relação gera algumas obrigações que deverão ser cumpridas em favor da criança ou adolescente.

Na década de 1950, de acordo Ischida (2014), a guarda era acorrentada ao poder familiar. Contudo, a partir dessa década ocorreu uma mitigação do poder quase pleno do possuidor do poder familiar, possibilitando a guarda a um terceiro, ou seja, a guarda poderá existir sem o poder familiar.

A partir na leitura de Ischida (2014), pode-se concluir que antigamente, até a da guarda se fazia como elemento e reflexo do poder familiar, o que nos dias atuais não se aplica. A guarda poderá ser dada a uma terceira pessoa, se isso atingir o melhor interesse na criança e do adolescente, princípio previsto na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Vê-se então o poder familiar não mais como soberano.

Entende-se, a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente, que há uma preocupação com a guarda destinada às famílias, varas de infância e da juventude e também, a terceiros. Em todas as situações, o que deverá prevalecer sempre será o que é melhor interesse da criança e do adolescente.

Lôbo (2011) disserta que:

“O fim do vínculo dos conjugal não significa a separação de pais e filhos. Entende-se que, separam-se os pais, mas não estes em relação aos filhos menores de 18 anos. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente veio trazer ao centro da tutela jurídica, predominando sobre os interesses dos pais em relação de conflito. O fim do convívio entre os pais não faz findar a convivência familiar entre

filhos e seus pais, mesmo que esses passem a morar em residências separadas”. (LOBO, 2011, p.189)

Isso nos faz afirmar que, mesmo o responsável não detentor da guarda, precisa cumprir o seu papel de genitor e não pode se abster da convivência com o filho.

O autor mencionado acima, ainda nos ensina que:

“A guarda pode ser atribuída, desde o nascimento, a outra pessoa, quando ocorrer o abandono afetivo. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou caso de disputa de guarda entre mãe biológica e avó, prevalecendo esta, que cuidou da criança abandonada desde de o nascimento. “Caracterizando o abandono afetivo, cancela-se o pátrio poder dos pais biológico”. O embasamento para a situação, está previsto do código civil, no estatuto da criança e do adolescente e também na jurisprudência”. (LOBO, 2011, p.191)

A jurisprudência narrada pelo autor, nos leva a enxergar de forma clara a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sendo uma mãe destituída do poder familiar por prática do abandono afetivo, e a guarda desse menor sendo atribuída a terceiro; sua avó, que fora quem o criou, com carinho, amor e toda assistência necessária ao seu desenvolvimento.

Vejamos a redação do artigo 22 do ECA, citado acima e também a jurisprudência:

“Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei”. (BRASIL, 1990)

“DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. POSSIBILIDADE. ART. 395, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL C/C ART. 22 DO ECA. INTERESSES DO MENOR. PREVALÊNCIA. - Caracterizado o abandono efetivo, cancela-se o pátrio poder dos pais biológicos. Inteligência do Art. 395, II do Código Bevilacqua, em conjunto com o Art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Se a mãe abandonou o filho, na própria maternidade, não mais o procurando, ela jamais exerceu o pátrio poder”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2004)

“Embargos Infringentes. Acórdão majoritário que negou provimento à apelação contra sentença que decretou a perda do pátrio poder pelos pais biológicos e deferiu a adoção requerida pelos requerentes que vêm cuidando do menor prestando-lhe toda a assistência de que

necessita. Indisfarçável configuração do abandono previsto no Art. 395, II do antigo Código Civil. Categórico parecer do M.P. pela manutenção do acórdão. Desprovemento do recurso”. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2004)

A decisão acima relatada, reforça a ideia do que venha a ser o direito de família após a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, que tem como característica o dever de cuidado e o afeto.

O artigo 1584 do Código Civil, reforça o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. No tocante da guarda, afirma que com a separação a guarda será concedida a quem reunir melhores condições para exercê-la.

Compreende-se, então, que não há que se falar em culpa para definição da guarda do menor, se o genitor mesmo que tenha dado causa à separação, mas sim reunir todos os requisitos e a guarda em seu favor atingir o melhor interesse da criança e do adolescente, essa será definida em favor deste. Percebe-se, então, a força do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente das relações familiares.

Sobre o tema, Gonçalves (2017) leciona que o artigo 1584 do Código Civil veio romper com o sistema que vincula a guarda dos filhos menores à culpa dos cônjuges. Não mais subsiste, portanto, a regra do artigo 10 da Lei do Divórcio de que os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa. Assim, mesmo que a mãe seja considerada culpada pela separação, pode o juiz deferir-lhe a guarda dos filhos menores.

Não se indaga portanto, quem deu causa à separação, mas sim quem revela melhores condições para exercício da guarda dos filhos, cujo os interessados foram colocados em primeiro lugar. A regra inovadora amolda-se ao princípio do “melhor interesse da criança”, o que é identificado como direito fundamental na Constituição Federal (art. 5º, parágrafo 2º), em razão da retificação pela convenção internacional sobre direitos humanos – ONU/89.

Importante destacar os ensinamentos de Nader (2016) quando expõe que a relação entre pais e filhos não depende do status “*familiae*”, dos pais estes, em qualquer condição jurídica em que se encontrem, devem amparo e assistência aos filhos menores e também aos incapazes. Após a disciplina da separação e do divórcio,

o Código Civil trata sobre a proteção devida pelos genitores separados e divorciados aos seus filhos.

Nader (2016) evidencia que na constância do casamento, o dever de guarda dos filhos é atinente ao exercício do poder familiar. Assim, quando a sociedade conjugal chega ao fim, mantém-se o poder familiar, mas um dos cônjuges perderá a guarda, salvo nas situações em que se defina a guarda compartilhada. Em caso de singularidade, a guarda poderá ser definida a terceiro, normalmente esses serão avós ou parentes mais próximos.

De acordo com o autor supracitado, por guarda deve-se entender não apenas o poder de guardar o menor sob cuidado e companhia, mas fundamentalmente o de orientá-lo no dia a dia, dando-lhe assistência necessária, sem com isso exonerar a responsabilidade de outrem. Nesse quesito, não se exclui a prática de ato ilícito civil praticado pelo menor, desde que provada a culpa "*in vigilando*" do guardião.

E ainda, não obstante, o mesmo autor referendado entende que o casal quando decide separar-se consensualmente, todas as questões relacionadas aos interesses próprios, e aos ligados aos filhos, serão levados ao juiz tão somente para que este as homologue. Caso não haja consenso, quanto à guarda do menor, essa será definida pelo juiz.

Barros (2016), aborda que aos genitores incumbe o papel de velar pelo filho, cuidando-o, assistindo-o, educando-o e preparando-o para os conflitos da vida. Nesta mesma linha de raciocínio, ainda vale ressaltar a admirável expressão de Rocco no círculo das relações familiares modelam-se os pais, a alma do filho, e do futuro cidadão.

A inobediência do dever de sustento, guarda e educação dos filhos impõe ao cônjuge infrator às penalidades do art. 244 do Código Penal. No que diz respeito à lei civil, o genitor pode ser suspenso e pode chegar a ser destituído do poder familiar, após análise da gravidade de sua falta (Cód. Civil, artigos. 1.637 e 1.638, e ECA, art. 24). Se negligenciarem os pais do encargo alimentar, poderão estes responder judicialmente e obrigados à prestação mediante ação de alimentos (art. 1.696). E ainda, podem ser condenados em indenização para reparar os danos acarretados ao filho, nos moldes dos princípios gerais da responsabilidade civil (Cód. Civil, art. 186).

Não há que se falar em diferença entre a mulher e o homem quanto ao exercício do poder familiar. Sobre o assunto Washington Barros (2016, p. 241) esclarece que, o art. 226, § 5º, da Constituição de 1988: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. É a confirmação do princípio constitucional do art. 5º, I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Desta maneira, não há qualquer supremacia masculina ou feminina no exercício dos deveres pertinentes ao poder familiar, dentre os quais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos, no Código Civil, como já dispunha o art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Barros (2016) afirma que

"A apuração de culpa na dissolução judicial não poderá ser motivo que determine a perda da guarda, que deve ser decidida com base no princípio de proteção ao bem-estar das crianças e dos adolescentes, que podem não ser decidida em favor do cônjuge inocente" (BARROS, 2016, p. 242)

A análise que se faz na atualidade, em relação a culpa de algum dos cônjuges e que a mesma entrou em desuso, visto que em primeiro lugar está o interesse da criança e do adolescente nas relações familiares, bem como seu bem-estar.

Quanto à possibilidade de culpas recíprocas a guarda era conferida à mãe, princípio que se aplicava e amoldava ao direito do início do século passado e não aos tempos atuais, já que grande parte das mulheres na atualidade trabalham fora dos seus lares. Mudando-se os costumes, ambos os cônjuges desempenham profissão e dividem as tarefas e os cuidados para com os filhos, de forma que devem ser vistos em iguais condições de guardá-los. Cabe ao juiz, portanto, decidir com base em cada caso concreto, analisar qual deles está mais capacitado e reúne melhores condições para o exercício da guarda, sem qualquer predominância feminina.

Rodrigues (2004) enfatiza que:

"[...] a igualdade constitucional entre o marido e a mulher e a necessidade de preservação em primeiro lugar, do melhor interesse do menor, fizeram com que a doutrina e a jurisprudência deixassem de lado a literalidade do texto normativo para desvincular a questão dos filhos da verificação de culpa de um dos genitores pela separação. É no espírito da tutela do bem-estar dos filhos, qualquer decisão quanto a guarda e visita (homologando o acordo ou resolvendo o

litigio) pode ser revista a qualquer tempo, diante de novos elementos apresentados pelos interessados”. (RODRIGUES, 2004, p. 245)

Baseado em Rodrigues (2004), a igualdade constitucional entre os cônjuges afasta a ideia de que a mãe em todos os casos seria a melhor opção para definição da guarda. Torna-se necessário uma análise sobre quem detém condições que atenda a alternativa de melhor interesse para a criança.

Ao tratar sobre o instituto da guarda, Dias (2015) evidencia que:

“A guarda dos filhos é velado conjuntamente por ambos os pais, a guarda só se dará de forma separada quando ocorrer a separação. Também quando o filho for reconhecido por ambos os pais, não residindo eles sob o mesmo teto e não havendo acordo sobre a guarda, o juiz decide atendendo o melhor interesse do menor.

O critério norteador para decisão da guarda é a vontade dos genitores. No entanto, não fica exclusivamente na esfera familiar a definição de quem permanecera com os filhos em sua companhia. Pode a guarda ser deferida a outra pessoa, havendo preferência por membro da família extensa que revele compatibilidade com a natureza da medida e com quem tenham afinidade e afetividade”. (DIAS, 2015, p.523)

Assim, o autor afirma o respeito à deliberação dos pais, que o juiz não pode deixar de observar o momento de instabilidade emocional dos cônjuges, pois esses podem por mágoa ou forte emoção, tomar decisões que não sejam o melhor para o menor, tentando assim até uma possível vingança contra o companheiro. Por isso, o juiz deverá sempre recomendar e demonstrar a efetividade da guarda compartilhada.

Tepedino (2004), esclarece que:

“No que se refere à guarda, a própria expressão semântica parece ambivalente, indicando um sentido de guarda como feito de vigilância, sentinela que mais se afeiçoa ao olho unilateral do dono de uma coisa guardada, noção inadequada a uma perspectiva bilateral de diálogo e de troca, na educação e formação da personalidade do filho. Tradicionalmente, a guarda era tratada como um direito subjetivo a ser atribuído a um dos genitores na separação, em contrapartida ao direito de visita deferido a quem não fosse outorgado esta posição de vantagem, que teria o dever de a ela submeter-se.

Dessa forma acabava-se por desvirtuar o instituto da guarda, retirando-lhe a função primordial de salvaguardar o melhor interesse da criança ou do adolescente. Tal perspectiva, contudo, nitidamente inspirada na dogmática do direito subjetivo, própria das relações patrimoniais, torna-se ainda mais inadequada quando a legislação leva em conta a conduta (culpada ou inocente) dos cônjuges antes da separação como critério para a atribuição da guarda. O papel da culpa torna-se assim determinante, associando-se à exigibilidade do

pretensão direito subjetivo a ausência de mora, tal qual nas relações patrimoniais.

É bem verdade que a jurisprudência e a doutrina procuraram, brava e intuitivamente, diminuir o papel da culpa, investigar o melhor interesse do filho, embora não se tenha conseguido, satisfatoriamente, afastar por completo os resquícios do direito subjetivo, que acaba por reduzir o papel dos pais na educação dos filhos, uma vez extinta a sociedade conjugal, a um feixe de prerrogativas e poderes a serem ostentados, exigidos e confrontados, a cada controvérsia envolvendo o destino da prole, verdadeiro duelo entre proprietários ciosos de seus confins.

Daí porque se ter procurado, nos últimos anos, tornar ambos os pais co-responsáveis pela educação dos filhos, mesmo após a separação, para além de atribuições (poderes, faculdades, direitos e prerrogativas!) pré-definidas, valendo-se nessa esteira de noções usuais em países estrangeiros, como a guarda alternada e a guarda compartilhada. A construção merece aplauso, produzindo um tratamento mais ético do tema, de molde a romper o viés patrimonialista em que as responsabilidades dos pais estavam inseridas [...]” (TEPEDINO, 2004 p. 4-5)

Logo, o autor acima citado afirma que apesar da grande luta travada pela doutrina e pela jurisprudência, não se pode dizer que a investigação para apuração de culpa pela dissolução da sociedade conjugal, no que diz respeito a definição da guarda tenha desaparecido por completo, ele garante que há fortes resquícios do direito subjetivo.

“Evidencie que a expressão “condições” que era utilizada no art. 1.584, na sua redação original, não era seguida de qualquer adjetivo, de modo que seu entendimento deveria ser ampla, levando em conta vários aspectos como morais, educacionais e ambientais, dentre outros”. (BARROS, 2016, p. 242)

A expressão condições contida no art. 1.584, como leciona Barros (2016), terá sentido vasto, essa condição poderá dizer a respeito do melhor ambiente para criação do menor, condições morais dentre outras.

Silva (2016) trata sobre o tema e salienta que:

“Cada um dos cônjuges, e ambos ao mesmo tempo, tem deveres para com a prole. O Código coloca em três itens de forma clara os referidos deveres. Cabe-lhes sustentar os filhos, isto é, prover a sua subsistência material, conceder-lhes alimentação, vestuário, abrigo, medicamentos, tudo que seja necessário à sobrevivência. Incube aos genitores a guarda dos filhos, isto é, tê-los em sua companhia, e sobre eles exercer vigilância. O Estatuto da Criança e do Adolescente institui aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores. No que toca à educação, esta alcança a instrução básica ou rudimentar e o ensino em graus seguintes, conforme as condições

sociais e econômicas dos pais; está também incluída a orientação espiritual. Em Caso contrário, constitui a inobservância dos deveres assistenciais deixar o filho ao abandono, e sem os cuidados próprios à sua idade ou adequados à sua formação. A guarda do filho traz em sua essência a obrigação à assistência material, moral e educacional, conferindo ao detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive pais. Esses deveres devem exercer por ambos os genitores, até mesmo com o fornecimento de recursos financeiros. Se ao marido, com melhores rendas, cumpre prover o lar dos meios indispensáveis, à mulher que disponha de rendas ou que as alcance de seu trabalho, cabe concorrer nas despesas.

Elucida-se, ainda, que quando não couber aos pais, o responsável prestará compromisso em procedimento regular. Dentro da orientação definida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda em esfera externa à família, está inserida entre as formas de colocação em família substituta, em companhia com a tutela e a adoção, exigindo de o guardião manter a criança ou o jovem em sua companhia, sem poder transferi-lo para a companhia de terceiros, salvo autorização judicial (art. 30 da Lei nº 8.069/1990).

O art. 1.583 do Código Civil, com a nova redação, define a guarda unilateral como aquela que é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, devendo ser concedida ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança e educação. A guarda compartilhada é identificada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (§ 1º do art. 1.583 do CC)”. (SILVA, 2016. p 197.)

De acordo com Silva (2016), independente de como ocorre a convivência dos genitores com os filhos, não será possível deixar de enfatizar a importância do pernoite com o genitor não guardião. É um direito da criança ter convívio de maneira completa com cada um dos seus genitores e um dever-direito de cada genitor dar apoio psicológico aos seus filhos em cada situação e momentos de suas vidas, seja durante o dia, ou a noite.

Silva (2016) cita Nazareth (1998) e reitera que:

“[...] sob essa perspectiva, pernoitar na casa do genitor não guardião é uma maneira de minimizar possíveis consequências negativas da perda inevitável de contato cotidiano que ocorre após a separação conjugal. É também uma forma de endossar que, apesar da separação dos pais, a criança não será deles separada e não será penalizada pela decisão dos adultos. Ademais a favor do pernoite deve-se levar em conta que é durante a noite que desabrocham mais intensamente as ansiedades próprias da idade e as emoções vividas pela criança em situação de separação de seus pais, o que torna de suma importância que cada um dos pais tenha a oportunidade de

compartilhar desses momentos com seus filhos”. (NAZARETH, 1998, p.221-222)

Nazareth (1998) afirma que será necessário ao menor de pais separados, pernoitar na casa daquele genitor que não detém a guarda, para que seja minimizada a falta de convivência com pai ou mãe não possuidor da guarda. Entende-se que tal situação é mesmo vital a essa criança, pois dessa maneira será um possível proporcionar a este um convívio com os dois genitores, de modo que isso só trará benefícios para criança.

Mediante interpretação extensiva, entende que o princípio adotado pelo Código Civil de 2002 será fundamento para o direito de visita dos avós. Oliveira (2003) coloca que “[...] desde que atendido o interesse do menor, objetivando sua perfeita integração dentro da comunidade familiar”. (OLIVEIRA, 2003, p. 71).

No momento em que a guarda compartilhada ganha espaço na convivência entre pais separados, há que se empregar, também, uma interpretação extensiva ao instituto, identificando-o como forma de acolhimento, satisfatoriamente colocada na noção de família moderna, favorecendo a afinidade e afetividade, conjuntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana através da valorização de cada membro que a compõe.

Venosa (2016), ao tratar do tema, evidencia que não há necessidade de que o legislador desça a miudeza nesta matéria. Destarte, afirma-se que o fundamental nesta área é a ampla margem de decisão relegada aos conciliadores e ao juiz, e que o legislador não deve atender parâmetros de forma estrita. O caso concreto deve sempre definir a solução.

Houve por bem o legislador, no entanto, incluir estes dois artigos em matéria que já vinha - há muito - sendo aplicada pelos tribunais. Não havia necessidade afligente de texto expreso para que o juiz harmonizasse a convivência de filhos e pais separados, aplicando esta chamada guarda compartilhada, ainda que não se utilizasse dessa denominação. Outros dispositivos legais, porém, foram acrescentados pela Lei n. 13.058/2014.

Venosa (2016) expõe que o melhor interesse da criança e do adolescente conduz os tribunais a sugerir e atribuir a guarda compartilhada ou conjunta. O instituto

da guarda, ainda, não atingiu sua plena evolução. Há os que protegem ser plenamente possível essa divisão de atribuição ao pai e à mãe simultaneamente. Essa espécie de guarda dita compartilhada não se torna possível, de forma vasta, quando os pais se apresentam em estado de combate ou quando residem em lugares distantes um do outro. Essa solução dependerá da percepção do magistrado e em especial do perfil psicológico, social e cultural dos pais, além do exame do grau de fomento que reina entre eles após a separação.

A ideia é definir que pais apartados, separados a qualquer título, partilhem da educação, convivência e evolução dos filhos em conjunto como traz Venosa (2016). Em íntimo, essa atribuição reflete a obrigação dos pais de manter dois lares para seus filhos e cooperar de forma conjunta em todas as decisões.

Para Venosa (2016), não se fazia necessário a criação de texto expresso da lei para que essa guarda compartilhada fosse sugerida pelo judiciário, de qualquer modo, "*legem habemus*". Tudo dependerá da oportunidade e conveniência avaliada pelo juiz e pelos próprios cônjuges, quando estes pactuarem sobre essa modalidade de guarda. A figura do conciliador torna-se primordial nessa área.

Assim, o autor acima citado coloca que a modalidade de guarda pode ser modificada a qualquer tempo, sempre em busca do interesse do menor. Isso significa que, a princípio, quando ainda recente a dissolução da convivência conjugal dos genitores, pode não ser o melhor momento para a guarda compartilhada ou para um compartilhamento mais amplo. Após algum tempo, acalmando os ânimos entre as partes, a guarda compartilhada pode surgir como uma solução natural.

Dividir deveres e obrigações por parte de pais separados em relação aos filhos significa manter os vínculos de afeto com maior presença na vida dos menores como coloca Venosa (2016). Não há, porém, configuração de impor o compartilhamento sem a cooperação dos pais.

A guarda compartilhada só será possível quando os genitores residem na mesma cidade, possuindo relação de respeito, cordialidade e maturidade. Assim, a preponderância sobre o interesse do filho deverá existir sempre.

Venosa (2016) O novo diploma legal modifica o § 2º do art. 1.583 (BRASIL, 2002) para descrever que “na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. Logo, não parece que magistrado algum recalcitraria em aplicar esse princípio mesmo na ausência de texto legal.

Cuidando da questão da guarda compartilhada, Venosa (2016) traz que quando os genitores residem em locais diferentes e distantes, a nova redação do § 3º do art. 1.583 declara: “Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos” (BRASIL, 2002).

“Como magistrados que fomos por mais de vinte e cinco anos não queremos crer que o legislador imagine todo o juiz deste País como um incompetente. Não é possível supor que se faria o contrário ao examinar o caso concreto. Mais um dispositivo inútil a nosso ver, talvez sugerido por quem nunca tenha atuado nos foros de família. O caso concreto se mostra por vezes traz a dificuldade para solução e depende do bom senso das partes, que nem sempre se faz presente, e do magistrado. Não há dúvida de que a guarda compartilhada traz um meio de manter os laços entre pais e filhos, tão valores no desenvolvimento e na formação de crianças e adolescentes. Essa forma de guarda traduz também outra característica do direito de visita, que poderá ficar flexível quando acordada a guarda conjunta ou compartilhada”.(Venosa, 2016, p.208)

Baseado em Venosa (2016) pode-se dizer que a guarda compartilhada nunca poderá ser imposta se não houver boa vontade e compreensão de ambos os pais. Portanto, as leis se fazem necessárias, mas pais educados e conscientes, bem como conciliadores e juízes atentos com sua realidade social também. Não resta dúvida que a guarda compartilhada será sempre o melhor para a criança e o adolescente, tendo em vista que a aplicação de tal instituto será um viés possibilitador para o convívio diário desse menor com os dois genitores.

A nova lei traz outros excessos introduzidas no art. 1.584, bem como normas de direito procedimental como a nova redação ao art. 1.585, sobre medidas cautelares, exigindo que, salvo urgências, só poderão ser concedidas após a oitiva das partes. Cabe esclarecer que não se deve confundir a guarda compartilhada com a guarda alternada, pois a segunda, respectivamente, atende mais ao interesse dos pais do que dos filhos, o tempo de permanência divide-se destes com os pais em suas

respectivas residências, nada além disso. Essa modalidade está condicionada ao insucesso e a gerar maiores problemas do que soluções.

Venosa (2016) coloca que o texto legal traz em seu teor duas formas de guarda: unilateral ou compartilhada. Não há campos estanques entre elas, mas gradações. Então, pode-se afirmar que a guarda compartilhada pode ser mais ou menos ampla, dependendo do caso concreto. De outro viés, a guarda unilateral pode abrir válvulas ao compartilhamento, como, a exemplo, direito de visitas mais amplo que pode caracterizar forma de convivência.

Evidencie-se que a guarda unilateral definida de forma extrema afasta o filho do cuidado de um dos genitores. Se no direito em geral não se pode fazer afirmações determinantes, tal se torna muito mais verdadeiro na área da família. O fato de alguém estar com a guarda unilateral não libera o outro genitor dos deveres básicos da paternidade, devendo estar sempre atento à proteção dos interesses dos filhos. Decorrente disto, evidencie-se Venosa (2016) que traz que a decisão sobre a guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la, explicitando os fatores de afeto, saúde, segurança e educação.

Notoriamente, percebe-se com facilidade as melhores condições para manter a guarda do filho, que não residem exclusivamente na situação financeira ou econômica. O texto do revogado art. 1.584 se referia às melhores condições, sem descrevê-las, no entanto. Foi salutar a descrição introduzida nesse novo texto como aborda Venosa (2016).

Madaleno (2017), deserta que os deveres do casamento se mantêm de forma permanente, enquanto as circunstâncias não puserem fim ao casamento com dissolução matrimonial dos cônjuges ou conviventes, ou com o divórcio dos consortes. No entanto, há deveres que vão além da linha divisória do casamento ou da união de um casal, que tendo filhos, leva na sequência do fim das núpcias o dever de cuidado legal, moral e ético de seguir assegurando o sustento, a guarda e a educação dos filhos comuns.

As palavras de Madaleno (2017), reforçam ideias já pautadas no presente trabalho. A dissolução do casamento não colocará fim às obrigações dos genitores para com seus filhos, devendo estes prestarem toda assistência material, moral e

educacional aos filhos, comprometidos em iguais condições e na extensão dos ingressos de cada um. Considere, ainda, que o não cumprimento do dever de mútua assistência aos filhos dará ao genitor guardião o direito de ingresso com ação judicial para que tais obrigações sejam cumpridas em favor desse menor.

Rolf Madaleno (*apud* PONTES DE MIRANDA, 2001):

“[...] sustentar é dar alimento, roupa e, quando necessário, recursos médicos e terapêuticos; guardar significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; educar consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar”. (2001, p.15)

Miranda (2001) define o que é o sustento e a guarda. Conclui-se que o menor não precisa somente da guarda ou somente do sustento, será necessário o uso destes dois elementos para sua formação adequada.

Liberati (2010), ao falar sobre o instituto da guarda nos diz que:

“Tendo como certa a unidade e solidariedade da responsabilidade parental entre os cônjuges, em reação aos filhos menores, salienta-se que os pais, conjunto, devem suportar o ônus da guarda.

A igualdade dos deveres dos parentais, introduzida pelo parágrafo 5º do art. 226 na CF, permite acolher juridicamente a guarda compartilhada ou conjunta.

Aliado a ordem constitucional, o art. 1.583 do CC, a exemplo do disposto no art. 9º da lei 6.515/1977, autoriza a concessão da guarda dos filhos menores segundo o que ficar acordado entre os cônjuges.

Pela regra, os cônjuges poderão - e já podiam! - eleger a guarda conjunta como forma de manter as relações parentais com os filhos.

Com efeito, a responsabilidade paterna não se extingue pelo deferimento da guarda a um dos cônjuges ou companheiros, no momento da separação.

A guarda constitui verdadeiro encargo aos pais, que conjuntamente, devem contribuir para sua execução, mesmo estando separados. Tenha-se presente, porém, a dificuldade do exercício desse múnus em face da animosidade sempre manifesta na separação do casal.

Todavia, a atividade conjunta dos pais nada mais é do que a continuação da relação filhos/pais após a ruptura da sociedade conjugal, ou seja, embora não existia mais sociedade conjugal permanece a sociedade parental”. (LIBERATI, 2010, p.380)

A sociedade conjugal será extinta após a dissolução da união, porém a sociedade parental quando existir filhos, irá se perpetuar pela vida inteira. Essa ideia reforça mais ainda que, a dissolução da união conjugal em nada tem a ver com os

filhos. Sendo necessário uma cooperação e compreensão desses genitores para o melhor exercício do poder familiar.

José Antônio de Paula Santos Neto (1994), traz mais uma definição do que venha a ser guarda:

Em lapidar definição, Rubens Mimongi França (1972, *apud* SANTOS NETO, 1994, p.138) conceitua a figura jurídica em apreço: “Guarda de menor é o conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e o mesmo, demandadas do fato de estar sob o poder ou a companhia daquela, e da responsabilidade daquela em relação a este, quanto a vigilância, direção e educação”.

“Parece-nos que o traço principal e característico da guarda consiste em ter garantia a posse do menor. Por isso, o conceito de propomos, partindo da ideia inicial do eminente mestre citado, fica formulado nos seguintes termos: Guarda é o direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta deveres de vigilância e ampla assistência em relação a este.

Guarda, com efeito, não equivale a simples companhia, como já tivemos ocasião de explicar. Guarda e posse, enquanto que o direito de companhia, embora sempre exercido pelo guardião, pode (e normalmente deverá) sê-lo também pelo genitor não guardião”. (SANTOS NETO, 1994, p.138-139)

A guarda define ao guardião muitos deveres, entretanto, o genitor que não a detém não pode se abster da convivência com o filho, de acordo com Neto (1994).

Roberto João Elias (2010) afirma que é de extrema importância o convívio familiar para que o desenvolvimento da criança aconteça da melhor maneira possível. A guarda no seio da família será sempre mais interessante, em face ao acolhimento institucional. A evolução integral da criança e do adolescente se materializa adequadamente no seio familiar.

Por isso, a revogabilidade da guarda consta no artigo 35, ECA “Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público” (BRASIL, 1990). Logo, por ser precária, a guarda tem em sua essência a possibilidade de revogação a qualquer tempo, mas cabe esclarecer que, para que isso aconteça, será necessário provar que não é favorável ao menor. O que detém a guarda terá o seu direito de defesa resguardado, exercendo assim o

contraditório. O juiz terá por fim que fundamentar sua decisão, caso contrário a mesma poderá ser anulada.

Ainda, nas leituras de Elias (1999):

“Quando trata do pátrio poder quanto à pessoa dos filhos, o código civil, no seu art. 384, II, preceitua que compete aos pais, no que tange aos filhos menores, tê-los com sua companhia e guarda.

Assim sendo, via de regra, a prole ficará só a guarda dos pais. Em caso da separação deles, somente um ficará com tal direito. É possível também que a guarda da criança e do adolescente seja concedida a uma terceira pessoa, parente ou não do menor.

Dos genitores exige-se não somente a satisfação das necessidades materiais, mas também o cumprimento de deveres de índole espiritual, com vista à formação ética do filho.

É certo afirmar, que o exercício do pátrio poder paterno requer a convivência de pais e filhos, em um mesmo lugar, porém esse direito-dever que os pais têm encaminha-se à proteção, à educação e preparação para um melhor desenvolvimento para a vida do menor.

Tratando sobre o novo modelo de família e seus reflexos sobre o instituto da guarda, Roberto João Elias, cita Gustavo Tepedino, que leciona o seguinte: nas legislações modernas, o desmoronamento da unidade patriarcal e o florescimento de princípios de proteção tanto à mulher quanto ao menor”. (ELIAS, 1999, p. 52-53)

Nos dias atuais não há mais que questionar sobre a força do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, este sempre será pilar central em toda e qualquer decisão.

Nas leituras de Fiuza (2012), podemos encontrar também o conceito de guarda:

“A guarda é relação típica do poder de familiar. É, em termos grosseiros, a “posse direta” dos pais sobre os filhos. Apesar de grosseiros os termos, a ideia de posse é tão atraente e expressa com tanta clareza em que consiste a guarda, que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente a utilizou no art.33, no seu parágrafo primeiro, ao dispor que “a guarda destina-se a regularizar-se a posse de fato [...]. Assim, a guarda, em termos genéricos, é o lado material do poder familiar; é a relação direta entre pais e filhos, da qual decorrem vários direitos e deveres para ambas as partes. É óbvio que a guarda pode ser concedida a terceiros, como no caso da tutela”. (FIUZA, 2012, p.1085.)

Fiuza (2012) define, então, a guarda como a posse direta dos genitores sobre os filhos.

Guilherme Gonçalves Strenger (1998, p. 32), encontramos mais um conceito de guarda: “[...] o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição”.

Strenger (1998), define guarda como um poder-dever que está submetido ao um regime jurídico legal.

Vejamos o instituto da guarda pelo olhar de Basílio de Oliveira (1998, p. 84), em que a guarda do menor, é direito condicionado ao melhor interesse desse. Origina-se em princípio da lei e, incomumente, da decisão judicial, do acordo ou da situação fática.

Resulta da lei, como efeito natural do pátrio poder, dos direitos da tutela e da adoção. Da decisão judicial, porquanto ao juiz é conferida abrangente poder de regulamentação, modificação e reversão da guarda.

A regulamentação da guarda deriva também, com regularidade, dos acordos homologados em juízo com a aprovação do Ministério Público, como nos ajustes das cláusulas de guarda e visitação de filhos, realizadas nas convenções de separação consensual ou de divórcio, em que os cônjuges convencionam que os filhos ficarão em posse e guarda de um dos genitores (em geral a mãe), acarretando ao outro o encargo alimentar e o direito de vigilância e de convivência de acordo com o que ficar estipulado no calendário de visitação.

Compreende-se que a guarda apesar de tantas definições doutrinárias, já explanadas ao longo do presente trabalho, tem em sua essência e ponto principal o dever de cuidado dos genitores, para com a prole. Definir a guarda em favor de um dos genitores, por ser esse o que detém melhores condições para tutela desse menor, não irá jamais definir que o outro genitor não terá direitos e deveres na criação e desenvolvimento dessa criança ou adolescente.

É necessário entender que a separação dos cônjuges não deve afetar o menor, sendo necessária maturidade e bom senso das partes. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deixa claro que, o bem-estar do menor deve superar e sobrepor qualquer que seja a situação, e por isso a guarda será sempre atribuída ao

que melhor atender os interesses do referido. Para isto, a guarda deve ser decidida da melhor forma possível e sempre atenta a todos os critérios para sua definição.

Com base nisto, podemos concluir que a criança precisa de um modelo para espelhar-se e seguir. É necessário que o exercício da guarda seja realizado de fato pelo genitor que tenha compromisso com o desenvolvimento saudável da criança, pois será neste momento da vida que ela irá moldar o seu caráter e seu comportamento perante a sociedade.

2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO MARCO NORMATIVO POSSÍVEL

O autor Fachin (2012), sobre o tema da afetividade nas relações familiares, disserta que:

“O tema afetividade levanta algumas interrogações: seria possível a regulamentação das relações familiares sem apreciação desse elemento? Existiria família sem estar presente a afetividade entre seus integrantes? [...] O vínculo genético terá mais relevância do que o afetivo na construção da relação familiar? Poderá a questão sanguínea por si só estabelecer os vínculos necessários para construção da família?” (FACHIN, 2012, p. 26-27)

A filiação se institui, portanto, em sua essência, do afeto que une pais e filhos, possuindo ou não vínculo biológico entre eles. Assim, identifica o direito pátrio, mesmo antes do surgimento da Constituição de 1988, com a defesa da igualdade entre os filhos, ao determinar o instituto da adoção, reconhecendo a filiação instituída na vontade e no afeto, acima dos vínculos de sangue. Este reconhecimento conquistou espaço na doutrina como aborda Fachin (2012).

De acordo com Fachin (2012 *apud* Chaves, 1995) ao descrever a importância da adoção, traz à lume a extrema relevância do afeto, como elemento fundamental dessa espécie de filiação:

“[...] utiliza-se, hodiernamente, da sensação de isolamento, tão característica do nosso tempo, para insuflar, em homens e mulheres desprovidos de descendência, o desejo insopitável de arrancarem da maré da miséria, para trazerem, para o aconchego do seu lar, uma criaturinha abandonada em quem concentrar seus desvelos e derramar seu afeto. [e arremata, ressaltando os laços afetivos como superiores aos de sangue] [...] pelo que diz respeito às ingratidões e aos arrependimentos, bastará dizer que não são peculiares à adoção: existem, infelizmente, em número talvez maior, com relação aos filhos de sangue”. (CHAVES, 1995, p. 24-26)

O tema tomou maior assento e não se resumiu a esta formulação como trata Fachin (2012). A Constituição de 1988, ao vetar o tratamento discriminatório dos filhos, a partir dos princípios da igualdade e da inocência, veio consolidar o afeto como elemento de maior importância no que tange o estabelecimento da paternidade. Acolheu a Constituição o que, sob um imperativo ético e humano, já estava reconhecido na doutrina, na lei especial e na jurisprudência. É a partir daí que deve se interpretar o Código Civil brasileiro.

Ainda, baseado em Fachin (2012), tem-se que a jurisprudência pátria reconhece o valor jurídico do afeto como primordial para o estabelecimento da filiação, a exemplo do julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (na linha de pronunciamentos mais recentes), que, em processo de adoção, reconhece os vínculos afetivos entre adotante e adotado como aptos a afastar a maternidade de quem, sem embargo do vínculo de sangue, não manteve relação de afeto com o menor:

“Se a menor, há doze anos entregue voluntariamente a família substituta, mantém-se em lar amoroso e carinhoso, e inexistindo motivo sério que recomende seja modificada a situação, não há como reconhecer o direito da mãe biológica em reaver a filha. [...] Provando-se que a mãe biológica abandonou a menor, sem possibilidade de criá-la, aplica-se a perda do pá- trio poder, devendo ser concedida a adoção plena à família substituta que lhe deu carinho, desvelo e amor (art. 45, parágrafo 1º da Lei no 8.069/90). Decisão: unânime”. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA - PR, 1995).

Para Fachin (2012), o julgado traduz o que veio consolidar na jurisprudência essa ordem de atenções, consoante aqui sustentado. Trata-se do reconhecimento pelos tribunais de uma situação que se coloca como base das relações familiares. Nada obstante, a relevância do reconhecimento dos laços biológicos da filiação, o vínculo que une pais e filhos e que, por isso, lhes oferece tais qualificações, é mais amplo que a carga genética de cada um: diz respeito às relações concretas entre eles, apreendendo o carinho dispensado, o tratamento afetoso, a vontade paterna e materna em se realizar contribuindo no projeto pessoal de formação de outra pessoa, a quem reconhece como filho, não só em virtude do sangue, mas em virtude do afeto, construído nas relações intersubjetivas concretas. Tais relações são, não raro, dotadas de objetiva recognoscibilidade, inclusive por inferência de comportamentos concludentes.

Fachin (2012) demonstra através dos seus ensinamentos que, não se pode contestar o valor jurídico do afeto nas relações familiares atuais, demonstra que a família com base nos vínculos afetivos é sim o modelo atual de família, tal reconhecimento consolida-se com a Constituição de 1988, reconheceu e deu ouvidos aos clamores sociais, e assim estabeleceu princípios que viriam nortear as relações familiares que sofreram profundas alterações na sua estrutura.

Gagliano e Pamplona (2017) lecionam sobre o tema que:

“Todo o contemporâneo Direito de Família gira em volta do princípio da afetividade.

Não pretendemos, diante disso tentar definir o amor, pois tal incumbência é impossível a qualquer aplicado, filósofo ou cientista.

Mas não se pode concluir inexistir aquilo que não pode ser racionalmente desenhado. Isso seria um erro infeliz.

Decerto, nesta gigantesca empreitada, houvesse sido bem-sucedido o apóstolo Paulo, em sua linda primeira Epístola aos Coríntios, quando eternizou que ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse amor, seria como o metal que soa ou como o sino que tine. E ainda que tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse amor, nada seria. Agora, pois, permanecem a fé, a esperança e o amor, estes três, mas o maior destes é o amor”. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017, p.93-94)

Logo, baseado em Gagliano e Plamplona (2017), depreende-se que o amor e a afetividade tem inúmeras faces e aspectos e, nesta complexidade, temos somente a certeza inafastável de que se trata de uma força basilar impulsionadora de todas as nossas relações de vida. Nesse sentindo, fica simples concluir que a sua presença, mais do que em qualquer outra área do Direito, se faz de modo especial mais forte nas relações familiares.

A propósito, como já elencado, o respectivo conceito de família, elemento chave desta investigação científica, origina e encontra a sua raiz ôntica da própria afetividade. Vale destacar, a comunidade de existência desenvolvida pelos membros de uma família é delineada pelo laço socioafetivo que os unem, sem anular as suas singularidades.

Igualmente na guarda de filhos, é nítido a aplicação do princípio, consoante se deflui da simples leitura do Código Civil:

“Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica”. (BRASIL, 2002)

O fato indiscutível é que toda a averiguação científica do Direito de Família sujeita-se à força do princípio da afetividade, desenhador dos *standards* legais típicos

(e atípicos) de todos os institutos familiaristas já evidenciado por Gagliano e Pamplona (2017).

Gagliano e Pamplona Filho (2017) corroboram ao elucidar o Direito de Família, cenário de observância do princípio da afetividade, que aplica em caso concreto como apreciação racional-discursiva e entende que as partes envolvidas nesta situação posta em análise judicial, respeita as discordâncias e valores, onde envolvem afetivos que unem os seus membros. Afinal, nenhuma família é idêntica a outra, e todas precisam ser tratadas e respeitadas da mesma forma.

Cunha (2016) permite a compreensão do afeto nas relações familiares. Afinal, a família sem a presença do afeto, será uma família desordenada e sem qualquer estrutura.

“Mas não é qualquer afeto que estabelece ou compõe um núcleo familiar. Nos laços de amizade, por exemplo, está presente o afeto, mas nem por isso há aí uma família. O afeto autorizador e caracterizador de uma entidade familiar deve estar acompanhado de outros elementos como solidariedade, responsabilidade, cumplicidade, vivência e convivência. Na família conjugal, além desses elementos, está presente também a sexualidade entre o casal. Sem esses pressupostos não há conjugalidade, ainda que a sexualidade possa ter as mais diversas variações, já que é da ordem do desejo, muito mais do que da genitalidade. Na família parental, o afeto pode estar acompanhado dos laços de sangue, ou não, mas sempre associado ao “serviço”, isto é, ao exercício de funções paternas/maternas, que se exteriorizam no cuidado, sustento, educação, imposição de limites etc”. (CUNHA, 2016, p.219)

Cunha (2016) esclarece que não é somente baseada no afeto que se constitui uma família, pois existem outros pilares para essa constituição do núcleo familiar e usa para isto outros autores.

“Mas, além da afetividade, quais os elementos necessários para que haja uma família? Paulo Lôbo identifica como elementos definidores de um núcleo familiar, além da afetividade, a ostensibilidade e a estabilidade. A afetividade é o fundamento e a finalidade da família, com desconsideração do “móvel econômico”; a estabilidade implica comunhão de vida e, simultaneamente, exclui relacionamentos casuais, sem compromisso; já a ostensibilidade pressupõe uma entidade familiar reconhecida pela sociedade enquanto tal, que assim se apresente publicamente¹³ e devem estar presentes em um relacionamento para que se conclua pela existência de uma entidade familiar. Em suma: não obstante a relevância do afeto como vínculo formador de família, ele, por si só, não é o único elemento para se verificar a existência de um núcleo familiar. Ele deve coexistir com

outros, embora sua presença seja decisiva e justificadora para a constituição e subsistência de uma família. Acrescentamos a esses elementos trazidos pelo Professor Paulo Lôbo um outro que, na verdade, reúne todos eles. Esse elemento, ou melhor, essa noção de família sustentada pelo afeto, deve conter, em seu núcleo, uma estrutura psíquica, estabelecendo um elo entre os seus membros. É a partir desses pressupostos que Lacan pôde definir a família como uma estruturação psíquica”. (LOBO *apud* CUNHA, 2016, p. 219)

Cunha (2016) trata do afeto como valor e como princípio jurídico ao elucidar:

“A afetividade é um princípio constitucional da categoria dos princípios não expressos. Ele está implícito e construído nas normas constitucionais, pois aí estão seus fundamentos essenciais e basilares: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade (art. 3º, I), da igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º), a adoção como escolha afetiva (art. 227, §§ 5º e 6º), a proteção à família monoparental, tanto fundada nos laços de sangue ou por adoção (art. 226, § 4º), a convivência familiar assegurada à criança e ao adolescente, independentemente da origem biológica (art. 227)”. (CUNHA, 2016. p. 219)

Um paralelo de outros institutos do direito das famílias, como o casamento e também de institutos não pertencentes ao direito das famílias, demonstra o princípio da afetividade como esclarece Cunha (2016).

“O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (art. 1.511); “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”(art.1.593).Também presente em outras normas infraconstitucionais como a Lei Maria da Penha, Lei n. 11.340/2006: “Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (...) III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação” (art. 5º, III)140. A Lei n. 12.318/2010, que dispõe sobre alienação parental, traduz e valoriza o afeto como regra e princípio, em seu art. 3º: “A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda”.(CUNHA, 2016. p. 219)

Calderón (2015), em consonância com Cunha (2016) salienta a necessidade do princípio da afetividade nas relações familiares, visto que somente os elos familiares são capazes de fomentar a formação integral do indivíduo.

E assim, o papel essencial da jurisprudência na construção e reconhecimento da afetividade, torna-se vetor necessário às relações familiares e este deve ser ressaltado. Sendo assim, os juristas sustentam o direito de atribuir valor à afetividade, encontrando respaldo na legislação. E para isto, há três correntes doutrinárias: 1) a afetividade deve ser reconhecida e pode ser classificada como princípio jurídico do direito de família; 2) defende que seja considerada pelo direito, mas apenas como valor relevante; 3) defende que a afetividade não deve ser atribuída valoração, diz que afeto é um sentimento e que não poderia ser tratada no direito.

Conclui-se que a discussão em torno da afetividade, será a possibilidade do seu reconhecimento pelo direito, e se há como inclui-la como princípio no ordenamento jurídico.

Entender a situação acima, poderá sinalizar como enxergar o direito de família na atualidade, a resposta é relevante para construção de outras advindas de diversas situações. Percebe-se que a família atual está entrelaçada com a noção de afetividade e que o seu reconhecimento, ou não, pelo direito pode trazer consequências de diversas ordens.

A antiga concepção de família a vinculava ao matrimônio, aos liames biológicos e registrais, desfazendo-se com uma nova definição de família, em que o afeto é tido como elemento principal. Com isso, o papel principal de cada integrante da família é viabilizar a realização do afeto.

A partir da nova concepção de família, veio também situações diversas e que não eram regidas pelo direito de família. Pode-se citar alguns exemplos como: o parentesco socioafetivo, a multiparentalidade, dentre outras situações.

Como é a sociedade quem apruma o direito, foi necessário à adaptação as alterações dela, o que tornou clara a necessidade de revisão da noção dos institutos de família, para que desse modo, os conflitos pudessem ser correspondidos de maneira efetiva.

Compreende-se ainda, a importância da análise de alguns casos nas quais o afeto ganha papel relevante no ordenamento jurídico e se constitui como pilar de diversos institutos presentes na Constituição e no Código Civil.

Evidencie que mesmo antes da constituição de 1988, já existia uma parte da doutrina brasileira que tratava das distinções do que vinha a ser a figura do genitor e a do pai, sempre salientando a distinção das figuras de genitor e do pai, destacando a culturidade da relação paterno/materno filial, o que valorará mais a afetividade do que meramente os vínculos sanguíneos. Com isto, foi se construindo que a afetividade se mostrava necessária nas relações familiares e tornou-se elemento essencial da base familiar.

O princípio da afetividade não possui caráter determinado será sempre analisado em um caso concreto. Encontra-se o princípio detento de dimensões, a primeira é a objetiva (trata de fatos sociais indicadores de manifestações de afetividade) e a segunda é a subjetiva (trata sobre o afeto em si).

Para que se fale em apuração da afetividade, será necessário a verificação na dimensão objetiva, estando presentes os elementos, se identificará a presença da afetividade, a partir deste momento começa a se tratar na subjetividade. Cumpre ressaltar que, o reconhecimento jurídico da afetividade deve ser dotado de razoabilidade e de maneira ponderada.

Tartuce (2016) ao lecionar sobre o tema da afetividade ensina que:

“O afeto talvez seja apontado, nos dias atuais, como base principal das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se sustentar que ele decorre da i continua da dignidade humana [...]” (TARTUCE, 2016, p. 25)

A partir do princípio da dignidade da pessoa humana, o afeto será elemento essencial no desenvolvimento do ser humano. Destaca-se para isto as palavras da jurispsicanalista Giselle Câmara Groeninga (2008):

“O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade”. (GROENINGA, 2008, p. 28)

Apesar de algumas críticas contundentes e de polêmicas levantadas por alguns juristas, não resta a menor dúvida de que a afetividade constitui um princípio jurídico aplicado ao âmbito familiar como explicita Tartuce (2016).

Dessa forma, apesar da falta de sua previsão expressa na legislação, percebe-se que a sensibilidade dos juristas é capaz de demonstrar que a afetividade é um princípio do nosso sistema. Como é cediço, os princípios jurídicos são concebidos como abstrações realizadas pelos intérpretes, a partir das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais. Na linha do exposto por José de Oliveira Ascensão, os princípios são como “grandes orientações que se depreendem, não apenas do complexo legal, mas de toda a ordem jurídica” (ASCENSÃO, 2005, p. 404)

Os princípios estruturam o ordenamento, gerando consequências concretas, por sua marcante função para a sociedade. E não restam dúvidas de que a afetividade constitui um código forte no Direito Contemporâneo, gerando alterações profundas na forma de se pensar a família brasileira.

“Cite-se, mais uma vez, o revolucionário acórdão do Supremo Tribunal Federal na análise da repercussão geral a respeito da prevalência da filiação socioafetiva ou da filiação biológica (RE 898.060/SC, j. 21.09.2016, publicado no seu Informativo n. 840). Nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, “a compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*)”. (TARTUCE, 2016, p. 26)

Sobre a valorização desse vínculo afetivo como fundamento do parentesco civil (PAULO LÔBO 2006, *apud* TARTUCE, 2016, p. 26)

“O modelo tradicional e o modelo científico partem de um equívoco de base: a família atual não é mais, exclusivamente, a biológica. A origem

biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. Contudo, o modelo patriarcal desapareceu nas relações sociais brasileiras, após a urbanização crescente e a emancipação feminina, na segunda metade deste século. No âmbito jurídico, encerrou definitivamente seu ciclo após o advento da Constituição de 1988. O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. [...] Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo”. (LÔBO, 2006)

O ordenamento jurídico brasileiro, passa a lançar decisões sob olhar do princípio da afetividade, e não mais somente sob o prisma biológico, fato esse que foi constatado na decisão citada por Tartuce (2016), onde o ministro Luiz Fux, cita o princípio da afetividade em seu voto.

Madaleno (2017), afirma que:

“Essa mudança social da família patriarcal para a família celular permite que o princípio da afetividade seja atingido, não existe mais a sua antiga áurea sagrada e os tabus deitados sobre a maternidade e paternidade, parecendo interessar mais a formação natural e espontânea da família.

A atual visão de família desconstrói o modelo patriarcal e suprime alguns obstáculos, algumas armaduras para que a vida individual seja menos opressiva, para que se realizem as reais finalidades da família: de afeição e solidariedade, e de entrega às suas verdadeiras tradições.

Frente a tal destaque, verificou-se um câmbio de conceitos, dando lugar a uma família que prioriza a pessoa humana, seu bem-estar e o pleno desenvolvimento das capacidades e virtudes de cada um de seus componentes, limitando sua identificação com a ordem pública para a regulação jurídica das suas instituições, e ampliando o campo da intimidade e da privacidade no Direito de Família”. (MADALENO, 2017, p.39)

De acordo com Madaleno (2017), as grandes mudanças que ocorreram ao longo dos anos no âmbito familiar, deixou no passado a família patriarcal, onde não se tinha o afeto como elemento formador e passa a existir o novo modelo de família, onde será permitido a aplicação do afeto em suas relações. A possibilidade de ignorar tal fato já não existe mais, pois tornou-se uma realidade para o Direito da Família, essa afirmação no momento em que o afeto é utilizado como assento para decisões judiciais, conclui não ser possível negar o seu valor jurídico.

Segundo Dias (2007) não se pode negar o valor do afeto no ordenamento jurídico atual. Afinal, a conceituação de família nos dias atuais é centrado no princípio da afetividade como elemento agregador, e atribui aos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes deixar faltar carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. Assim, não há como ignorar tal realidade, de tal maneira que se passou a falar em paternidade responsável.

O distanciamento entre pais e filhos pode trazer sequelas de emocionais o que pode comprometer o desenvolvimento de forma sadia. O sentimento de dor e de abandono pode deixar cicatrizes e reflexos permanentes na vida de quem passou por tal situação. De maneira correta, o STJ decidiu por reconhecer o cuidado como valor jurídico, analisando e identificando o abandono afetivo como ato ilícito, a justificar o dever indenizatório.

Dias (2007) esclarece que:

“O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo, no dizer de Sérgio Resende de Barros, a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família [...]. O direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto. [...] as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência de em dar e receber amor”. (DIAS, 2007 *apud* LOMEU, 2009, p. 4)

Logo, será através do afeto que encontraremos a possibilidade de humanização das relações em família e em sociedade.

Tratando do assunto, Barbosa (2015) acrescenta que no momento em que o afeto foi posto como fundamento mais importante e caracterizador da família, percebeu-se que a falta desse, seria muito danosa. Primeiro, porque poderia deixar de caracterizar como família uma relação estabelecida entre pessoas. Segundo, porque a sua função precípua e fundamental é formar indivíduos amados, seguros, dignos, preparados para enfrentar as adversidades.

“O afeto traz consigo e permite que o indivíduo possua uma história, pois exige o relacionamento entre as pessoas; que se tenha alguém com quem se possa contar; alguém que lhe agregue e auxilie no processo de amadurecimento; alguém que lhe sirva de exemplo e que exerça uma posição tão importante em sua vida que será eternizado na história, lembrado por várias gerações.

Neste sentido, reprise-se aqui o que fora acima explicado: é dever dos pais propiciar a seus filhos o direito a convivência familiar, de vigilância e de educação. E este deve exigir a presença não somente física, mas aquela que se coaduna à ideia de participação, solidariedade, carinho e amor, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana”. (BARBOSA, 2015, p.176-177)

A falta de afeto nas relações familiares, seria algo a ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, pois não se deve falar em família sem afeto, como esclarece Barbosa (2015).

Para Costa (2016) é incontestável que o amor, o carinho, o afeto, sejam pilares sustentáveis da família. Nesse âmbito, a falta de afeto nas relações familiares pode causar danos imensuráveis, e por isso se motiva-se o afeto e todos os sentimentos que possam servir de vínculo positivos entre pais e filhos.

Costa (2016) afirma ainda que:

“Acaba-se qualquer questionamento de que o princípio da afetividade não seja também uma base da família e consequentemente, da sociedade brasileira como um todo.

Pode se dizer que o sentimento afetivo, mesmo não expresso na legislação pátria, encontra respaldo no ordenamento jurídico, estando intimamente relacionado ao direito de família, de forma que a ausência do afeto é suficiente para abalar a estrutura familiar e da coletividade”. (COSTA, 2016, p.193)

Logo, está claro e definido que o afeto está relacionado ao direito de família e a falta dele compromete a estrutura familiar. Gama fomenta a afirmativa:

“O dever de convivência valorizou o afeto nas relações familiares, o qual assumiu relevância jurídica e se expressa, por exemplo, na exigência da *affectio maritalis* (como decorrência do sentimento recíproco de amor entre o casal) e no reconhecimento da paternidade sócio-afetiva, na qual o vínculo sentimental entre pais e filhos pode, muitas vezes, se sobrepor a relações de consanguinidade. A família, a partir de agora, passa a ser um “núcleo sócio-afetivo que transcende a mera formalidade. (GAMA, 2008, p.3)

Pode-se aferir, com base na leitura acima, que o dever de convivência dos genitores com sua prole, valorizou o afeto. A família será um núcleo afetivo, sobrepondo inclusive em muitas situações os laços de consanguinidade.

3 REFLEXOS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASO DE ABANDONO AFETIVO

3.1 Breves considerações sobre responsabilidade civil

Acerca da responsabilidade civil, pode-se concluir que a mesma está pautada nos direitos e obrigações. Ao praticar um ato ilícito, o indivíduo que o fizer, terá o dever de indenizar a vítima prejudicada pelo ato praticado ilicitamente. Há, portanto, a obrigação de reparação pelo dano causado. Seja ela em forma de pecúnia ou trâmite processual. Dessa forma, será sempre gerada uma responsabilidade em face do autor.

Para Malheiros (2014) o instituto da responsabilidade civil visa sempre constatar um critério suficiente para fixar uma reparação apropriada aos danos produzidos em sociedade, normalmente buscando “[...] a restauração de uma igualdade destruída; qualquer que seja o fundamento que se lhe dê-culpa ou risco. É o resultado igualitário que se objetiva [...]”. (MALHEIROS, 2014, p. 213 *apud* VILLELA, 1991, p. 490)

Para que se configure a responsabilidade civil, será necessário três elementos, o ato ilícito, o nexo de causalidade e o dano (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 35). O elemento formal, será a violação de um dever jurídico por meio de uma conduta voluntária, o elemento subjetivo, será o dolo ou a culpa e o elemento causal-material é configurado pelo dano e a respectiva relação de causalidade.

Os elementos da responsabilidade civil subjetiva estão pautados no Código Civil:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. [...]”

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. (BRASIL, 2002.)

Cavaliere Filho (2015, p. 41), denomina a ação como um "movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante". Já a omissão, forma

menos comum de comportamento, caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma conduta devida. Vieira dizia, com absoluta propriedade, que omissão é aquilo que se faz não fazendo.

Para Rosevald, Cristiano Chaves e Felipe Peixoto (2015):

“[...] a culpabilidade manifesta-se através de um erro de conduta por omissão de diligência exigível no caso concreto, situação na qual o agente se comporta de maneira inadequada por descuido ou falta de habilidade, de maneira que, não observa o dever de cuidado [...]”. (ROSELVALD; CHAVES; PEIXOTO, 2015, p. 161)

Cavallieri (2015) expõe que se a manifestação de culpa ocorrer a partir de uma conduta omissiva ou negligente do indivíduo, conclui-se que o ordenamento jurídico determina aos cidadãos o dever jurídico genérico de não agir de maneira a violar o direito do outro, objetiva nesse sentido equilíbrio e a solidariedade social.

De acordo com Filho (2015), a culpa “*stricto sensu*” é a violação de dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível.

“Entende-se que, na culpa “*stricto sensu*”, o indivíduo age de maneira consciente, porém não espera o efeito que será causado pelo desvio da conduta. O dolo, será definido portanto, pela vontade conscientemente destinada à produção de um resultado ilícito, o indivíduo tem total consciência da ilicitude do ato e mesmo assim o realiza, esperando o resultado. É a violação consciente do dever já existente, ou o intuito de causar dano a outrem”. (CAVALIERI FILHO, 2015, p.50)

Para que se analise a culpa do indivíduo, será necessário verificar mais dois elementos, antes mesmo da apuração de culpa, sem esses dois elementos não há que se falar no dever de indenizar: o nexo causal e o dano. De acordo com STOLZE e PAMPLONA (2009, p.85): “O nexo de causalidade trata-se, pois, do elo etiológico, do liame, que une a conduta do agente (Positiva ou negativa) ao dano”. Só será possível a configuração da responsabilidade civil quando se puder estabelecer esse vínculo, demonstrando o indivíduo como responsável pelo dano causado à vítima. O dano será a lesão a um interesse jurídico tutelado, esse dano poderá ser patrimonial ou não, ele surge a partir de uma ação ou omissão do agente infrator.

3.2 Dano Moral

Para que se caracterize o dano moral será necessário que haja uma ofensa ou violação dos bens de ordem moral de um indivíduo, referindo-se à sua liberdade, honra, saúde, seja física ou mental, e também de sua imagem.

Para Theodoro (2016) o dano moral irá se configurar quando for imposto a vítima. Por exemplo, a desonra e a dor acarretada por atitudes ofensivas de terceiro, configurando lesões nas esferas interna e valorativa do ser como entidade individualizada.

Theodoro (2016),

“De maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social). Derivam, portanto, de práticas atentatórias à personalidade humana. Traduzem-se em um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida capaz de gerar alterações psíquicas ou prejuízo à parte social ou afetiva do patrimônio moral do ofendido”. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 1)

Galdino (2012), acrescenta que o dano não significa apenas a perda ou subtração de um bem jurídico material, mas também de ordem extrapatrimonial, como por exemplo os direitos da personalidade e os direitos de família.

Já Stolze e Pamplona (2009), ao falar sobre dano moral, afirmam que a indenização não será somente na esfera patrimonial, a mesma ocorrerá da vulneração de direitos naturais à condição humana, sem expressão pecuniária basilar.

Os danos morais são regidos pela Carta Magna, art. 5º, V e X. Vejamos:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (BRASIL, 1988.)

3.3 A configuração da responsabilidade por abandono afetivo

O abandono afetivo na filiação nos leva a seguinte reflexão, a possibilidade ou não da reparação do dano moral causado ao filho menor, o pai ao não cumprir os seus deveres decorrentes do poder familiar pode ser responsabilizado civilmente, ou não seria possível essa reparação, pelo fato de não podermos medir ou determinar o que venha ser o amor. Sob essa perspectiva, as opiniões divergem em duas posições contrapostas: aqueles que defendem que a questão do abandono afetivo na filiação encontra solução dentro do próprio direito de família, com a destituição do poder familiar, e aqueles que começam a se manifestar favoravelmente às reparações pecuniárias, uma vez comprovada a existência do dano moral. O artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente; artigo 1634 do Código Civil; no artigo 229 da Constituição Federal, dentre outros artigos que tratam do tema.

O artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) traz os deveres dos pais de criar, educar, de guarda, sustento, de cumprir e fazer cumprir determinações, judiciais, por outro lado traz o direito do filho à convivência familiar e comunitária. O Código Civil, em seu artigo 1634, repete alguns desses deveres, e inclui outros, dispondo sobre sete hipótese de competência dos pais quanto aos filhos menores, considerados atributos do poder familiar, contudo esse rol não é taxativo. As hipóteses são: dirigir-lhes a criação e educação, tê-los em sua companhia e guarda, conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casar, nomear-lhes tutor, representá-los e assisti-los nos atos da vida civil, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, exigir obediência, respeito e serviços próprios da sua condição. Vejamos a redação do artigo 1634 do código civil:

“Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição". (BRASIL, 2002.)

Esse dispositivo legal estabelece o comportamento que se exige dos pais e a responsabilidade destes para com sua prole enquanto durar a menoridade, a dependência e também enquanto estiver presente a vulnerabilidade, tendo como objetivo apoiar na formação biológica e da personalidade dos filhos sempre respeitando os padrões éticos e morais resguardados por nossa ordem jurídica e social.

Percebe-se que a nossa legislação é clara quanto aos deveres dos pais para com seus filhos, se são obrigações, ao serem descumpridas não caberia uma sanção? O art. 159 do Código Civil, prevê que todo cidadão que age, por omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A redação do referido art. 159 é claro ao afirmar que quem provoca o dano será obrigado a indenizar.

Para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), é cabível a indenização por abandono afetivo, esse entendimento é pelo dever de cuidado, e não pela violação de afeto. Entendem, que o afeto é imaterial e subjetivo, o cuidado não, é objetivo e material.

De acordo com Cunha (2015), a viabilidade de tipificação de ato ilícito dentro das relações familiares conforme as regras gerais relativas aos arts. 186 e 187 do Código Civil é algo definido e irrefutável, fixando dessa maneira a existência da responsabilidade civil no Direito das Famílias. E ainda, esclarece que a responsabilidade civil leva à ideia de atribuição das consequências lesivas da conduta ao agente infrator, bem como o abandono no âmbito familiar, o qual deve ser compreendido como dano de interesse jurídico tutelado, extrapatrimonial, causado por omissão do pai ou da mãe no desempenho do exercício e das funções de ordem familiar.

Tal abandono não será somente de uma forma, percorre a vida do menor em vários âmbitos: moral, física e intelectual. Nessa mesma linha de raciocínio, Nader (2016) afirma que o abandono da criança, não será necessariamente físico, mas também moral, quando o genitor de maneira opcional não se liga emocionalmente ao

filho, deixando de considerá-lo afetivamente, não obstante a assistência material que proporciona.

Nader (2016) realiza uma distinção sobre o que venha a ser cada dano, afirma que o dano físico será quando o genitor não cumpre o seu papel assistencial, deixa de prover o sustento e saúde; intelectual, não o encaminhar à escola; moral, quando, não se preocupa em dar carinho e atenção, não preocupando em manter um vínculo de afetividade com o filho.

Entende-se que o abandono afetivo deve ser encarado como um dano provocado ao menor, dano esse de cunho moral, pois ao abandonar esse menor, o que se refere é a sua dignidade.

Gagliano e Pamplona Filho (2017), enfatizam que dinheiro nenhum poderá compensar o abandono praticado em face do menor, mas será necessário que haja punição para que esses genitores não mais os pratiquem.

Gagliano e Pamplona Filho (2017):

“Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a perda do poder familiar, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p.761)

A afirmação acima demonstra que, as violações ao dever de afeto geram danos morais e com isso surge o dever de indenizar. A indenização viria como um meio de combater ao abandono afetivo. A intenção da responsabilização não será obrigar o amor, mas despertar a responsabilidade e o cuidado. O dever de cuidado traz em si elementos objetivos que pode ser comprovado em seu efetivo cumprimento. Já o seu descumprimento é o que possibilita a ocorrência da ilicitude civil e gera responsabilização ao genitor.

Rosenvald (2015) não acredita ser possível configurar a responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, para ele, o abandono afetivo tão somente não poderá

ser fonte da reponsabilidade civil. O mesmo, entende que associar o abandono afetivo a responsabilidade civil pode ser uma ameaça a segurança jurídica. Logo, recomenda o distanciamento do entendimento do abandono afetivo como fonte de responsabilidade civil.

Não há dúvidas que se deve referenciar o cuidado. É indiscutível que o cuidado é uma forma de amor, mas não se trata do amor que vincula um casal pelo afeto, ou do sentimento que os pais cultivam pelos filhos, e sim um amor construído com dispêndio de tempo e energia.

“Associar irresponsavelmente o abandono afetivo a uma mera negativa de afeto propiciaria elevada insegurança jurídica, a ponto de filhos terem a aptidão de deduzir pretensões de responsabilidade civil contra os pais, mesmo que vivam todos no mesmo lar, pelo fato de que o genitor fora uma pessoa pouco carinhosa e amável, mesmo que jamais tenha negligenciado o dever imaterial de cuidado” (ROSENVALD, 2015)

Bicca (2015), entende ser totalmente possível que o abandono afetivo seja fonte geradora da responsabilidade civil e o define como umas das maiores formas de agressão ao ser humano.

O abandono afetivo constitui umas mais graves formas de violência que pode vir a ser praticada contra o ser humano. A violência desse tipo é diferente de qualquer outra, sendo sempre continua, covarde e, acima de tudo, silenciosa. O abandono afetivo poder ser considerado a morte em vida. As vítimas do abandono sofrem os mais graves danos psicológicos, e junto com elas as genitoras (ou os genitores) que vivem uma angústia diária, de nada poder fazer, pois a solução quase nunca está ao alcance deles. (BICCA, 2015, p.184)

Para o autor, a violência é tão silenciosa que, muitas vezes, nem o Direito conseguiria ouvir, com tantas decisões contrárias e muita controvérsia sobre o tema. Assim, faz um paralelo entre a indenização devida a quem tem seu nome inscrito no SPC e ao abandono praticado contra milhares de crianças no Brasil.

Não será possível entender o abandono afetivo, como algo normal e comum nas relações familiares, esse abandono poderá ser o começo de um desastre familiar, que será refletido na sociedade como um todo, uma criança que cresce sem afeto, poderá ser um problema para sociedade, pois como será o caráter de um indivíduo formado em um ambiente familiar sem qualquer manifestação de afeto. Bicca (2015) alerta que não se poderá jamais considerar o abandono afetivo um fato normal, e sim,

o indivíduo abandonado terá direito a uma reparação pecuniária, fato decorrente do dano causado pelo abandono afetivo.

Lobo (2008) nos diz que:

“[...] A convivência familiar, que o art. 227 da Constituição considera integrante do melhor interesse da criança e do adolescente, é fato entretido em relações sociais duradouras, com objetivo de constituição de família, o que as distingue de outras relações sociais. A afetividade, por seu turno, é dever jurídico a que devem obediência pais e filhos, em sua convivência, independentemente de haver entre eles afeto real [...]” (LOBO, 2008, p. 6)

O questionamento sobre a possibilidade de identificação da responsabilidade civil na ceara do direito das famílias, já foi percorrido em algumas situações, sendo assim possível a sua configuração em diversas circunstâncias, como por exemplo, a fixação de multa pela identificação da síndrome de alienação parental.

Ressalta-se que, ao averiguarmos os elementos vitais para constatação da responsabilidade civil extracontratual de ordem subjetiva, aferimos que o tema abandono afetivo nas relações paterno-filiais acumula todos os requisitos para a identificação dessa espécie de responsabilidade, capaz de estabelecer compensação por danos morais.

Desse modo, para que possamos compreender melhor os pontos abordados acima, faremos uma análise da jurisprudência.

Em 2003, o juiz de direito Mário Romano Maggioni, da 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa, localizada no Rio Grande do Sul, condenou um genitor revel a pagar uma quantia relevante em reais à filha, que alegou que deixou de conviver com ele ainda com poucos meses de vida, quando o genitor se separou de sua mãe, tendo constituído nova família e gerado três filhos. Afirmou, ainda que se sentiu rejeitada em virtude do tratamento frio dispensado a ela pelo pai, especialmente por todos serem membros da colônia judaica de São Paulo. Durante o trâmite processual, o Ministério Público se manifestou aduzindo que não cabia ao Judiciário condenar alguém por falta de afeto, tendo a referida sentença transitada em julgado, sem a propositura de recurso.

Em sua fundamentação, o magistrado explanou que a educação abrangia não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-affirme. Afirmou, ainda, ser menos vergonhoso, ao ser humano dizer “fui indevidamente incluído no SPC” a dizer “fui indevidamente rejeitado por meu pai”.

Em decisão emblemática a ministra Nancy Andrighi:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido”. (STJ, 2009; p. 276)

A partir da análise da jurisprudência citada, concluímos então que, a demonstração do fato ofensivo, que tenha vindo a decorrer de conduta culposa ou dolosa, se o entendimento do juiz for que tal conduta tenha sido causa suficiente para causar lesão a um bem jurídico impalpável, fica a ele resguardado, verificar a presença do dano moral e definir qual será a forma que esse dano será reparado, normalmente pecuniária, que fica a seu sabor, no que vale ressaltar que será necessário a observância de critérios já consolidados pela doutrina e pela jurisprudência. No entanto, o magistrado levará sempre em consideração o caso concreto, entre os

outros fatores que venham a ser a gravidade da lesão causada, a posição em que se encontra as partes e sem sombra de dúvidas a situação econômica.

Contudo, compreende-se que a punição tem caráter pedagógico diante dos genitores. O abandono em si já traz danos e a imposição da pena busca apenas a coerção do comportamento do indivíduo por meio da responsabilidade civil por abandono. É complexo e subjetivo quaisquer esclarecimentos ou solicitações sobre o amor, contudo a indenização faz-se mister perante despesas geradas pelos danos.

CONCLUSÃO

Compreende-se que a intervenção do Poder Judiciário nas relações familiares é algo delicado e pautado pela Constituição Federal. Contudo, deve-se estar atento ao conceito de família visto que foi alterado no ordenamento jurídico pátrio ao longo dos anos, principalmente com a vinda da Constituição Federal de 1988. O afeto como valor jurídico de fato irá surgir a partir da CF 1988. Assim como é dado aos genitores o direito ao planejamento familiar, será dever, cuidar, respeitar e educar, ou seja, o dever de convivência familiar.

O direito da família e a responsabilidade civil, foram ramos do direito que mais foram impactados com as alterações nos elementos para interpretação dos textos legais, os princípios constitucionais passam a ser usados como principal suporte para interpretação das normas jurídicas. Essa situação possibilitou que na atualidade jurisprudencial brasileira aconteça a reparação em forma de pecúnia por danos morais resultantes do abandono afetivo nas relações paterno filiais.

O direito da família tomou um novo rumo, deixando para trás as questões patriarcais dando espaço as questões afetivas, sendo o princípio da afetividade e o da dignidade da pessoa humana no atual modelo das famílias, o principal pilar nas relações familiares. O indivíduo assume um papel diferente, os antigos valores que só visavam questões e relações baseadas no patrimonialismo, são tomadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa maneira, o indivíduo mais vulnerável conquista uma proteção especial, dentro das relações familiares.

Compreende-se que a afetividade é condição para o desenvolvimento da vida humana em família e em sociedade. Família é o seio onde a formação do indivíduo será estabelecida. É na convivência que se constroem laços afetivos, amor e reconhecimento do outro. A família será sempre o local mais seguro para o indivíduo, é no seio familiar que esse indivíduo irá iniciar a formação do seu caráter, terá suas realizações pessoais. Para que o menor tenha um desenvolvimento sadio, será necessário conviver em um ambiente familiar adequado, como já relato ao longo do presente trabalho, hoje o afeto é pilar principal nas relações familiares, de modo que, para que o ambiente seja adequado, será necessário estar presente elementos como, amor, carinho, cuidado e proteção. Com a junção dos elementos citados chegamos

ao princípio da afetividade. A afetividade não é mais presumida como no código civil de 1916, ela deve existir de fato.

O princípio da afetividade é um dos elementos inerentes ao poder familiar, tornando se assim, uma obrigação no âmbito das relações de família. O poder familiar, após a constituição de 1988, deixou de ser o mando dos pais sobre os filhos e se tornou deveres dos pais para com os filhos, o menor ganha uma personalidade própria, torna-se um sujeito de direito e obrigações.

A possibilidade de caracterização da responsabilidade civil por abandono, surge com a transformação da afetividade em obrigação dos pais em face da sua prole, obrigação essa que emana do poder familiar.

Já se percorreu a questão de que a responsabilidade possui papel primordial na resolução de conflitos intersubjetivos, dando melhor condição para o exercício da proteção de direitos individuais, coletivos e difusos. O instituto da responsabilidade civil tem papel duplo, ele aplica a sanção pelo dano causado, essa sanção tem caráter reparatório e educativo, o indivíduo ao ser punido ficará atento para não incorrer novamente no ato infracional. Ela pode ser contratual ou extracontratual.

A contratual decorre de um contrato entre as partes e a extracontratual o indivíduo não tem um vínculo contratual com a vítima, mas existe um vínculo legal, que irá derivar-se do descumprimento de um dever legal. Os danos serão de ordem patrimonial ou moral, sendo o último o que poderá ser caracterizado no abandono afetivo. Ocorrerá o dano moral quando, uma pessoa for afetada de forma psíquica, moral e intelectual.

O dano moral, está relacionado a dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade. Devido a essas características do dano moral, podemos então concluir que a responsabilidade civil no que diz respeito ao abandono afetivo será de natureza extracontratual.

O ato ilícito irá decorrer da obrigatoriedade da afetividade na relação dos pais para com os filhos, que emana do poder familiar. É a partir o exercício da afetividade que teremos a obrigação ao convívio dos genitores com sua prole, a proteção do menor no ambiente familiar e com isso esse indivíduo irá se desenvolver ao longo da

vida da melhor forma possível, situações essas que serão reflexos para a convivência desse menor em sociedade, sem assim carregar para sua vida cargas negativas que poderão ser prejudiciais pelo resto de sua vida.

Partindo do princípio da dignidade da pessoa humana, a família deve amparar o menor de maneira plena. O dano pelo abandono afetivo pode ser imensurável, essa rejeição é cruel e danosa demais, sendo necessário uma punição para quem a pratica.

Para ministra Nancy Andrighi, cuidar é dever, sendo o cuidado um dever jurídico atribuído aos genitores. E se um deles não observar tal dever de maneira plena e a viola, entende-se ser totalmente possível sua responsabilização na esfera civil.

Afetividade é obrigação no convívio familiar, de tal modo que se algum dos genitores não a pratica estará ferindo um direito da personalidade do menor, o que nos leva a entender que o genitor cometeu ato ilícito e terá o dever de reparar de forma pecuniária. O objetivo não é quantificar o amor ou trazê-lo de volta, mas sim o cumprimento do dever de cuidado resultante do poder familiar.

REFERÊNCIAS

BARROS, Washington Monteiro. *Curso de direito civil: direito de família*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, vol. 2.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. De 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 out. 2017.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 out. 2017.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 09 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 1159242/SP 2009/0193701-9. Relatora: Nancy Andrigni. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial: REsp 1.147.138/SP 2009/0125640-2. 4ª Turma. Relator: Aldir Passarinho Junior. Data do Julgamento 11-05-2010. Data da Publicação Dje 27/05/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14346054/recurso-especial-resp-1147138-sp-2009-0125640-2/inteiro-teor-14346055?ref=juris-tabs>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial: REsp 275568/RJ 2000/0088886-9. 3ª Turma. Relator: Humberto Gomes de Barros. Data de Publicação DJ de 09-08-2004 p. 267. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19484634/recurso-especial-resp-275568-rj-2000-0088886-9/inteiro-teor-19484635>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. El 00081879520008190000. Rio de Janeiro. Relator Ruiz Athayde Alcantara de Carvalho. Data de Julgamento: 17/02/2004, Nona Câmara Cível. Data de Publicação DJ de 12/03/2004. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/416964203/embargos-infringentes-ei-81879520008190000-rio-de-janeiro-tribunal-de-justica>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça - PR, A.C 60373. Rel. Des. Negi Calixto. Data de Publicação DJ de: 04/09/95

CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHARLES, Bicca. *Abandono afetivo, o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono dos filhos*. Brasília: OWL, 2015.

CONSULTOR JURÍDICO. Pai é obrigado a indenizar filha por abandono afetivo no RS. *Revista Consultor Jurídico*, 14 de março de 2005. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2005-mar-14/pai_obrigado_indenizar_filha_abandono_afetivo_rs>.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ELIAS, Roberto João. *Comentários do Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil: do Direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). 2. ed. Rio de Janeiro: GEN/ Forense, 2012, vol. 18.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil - responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIUZA, César. *Direito civil – curso completo*. 15. ed. Minas Gerais: Del Rey, 2012.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade civil por danos, imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O novo curso de direito civil iii: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, Paulo Stolze. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 6.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função social da família e jurisprudência brasileira*. IBDFAM Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/177.pdf>.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 6.

ISCHIDA, Válder Kenji. *Direito de família e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11. ed., rev. e ampl. de acordo com a Lei 12.010, de 3.8.2009. São Paulo: Malheiros, 2010.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Volume 5. Porto Alegre: Magister, ago./set. 2008.

LOBO, Paulo. *Princípio jurídico*. Princípio jurídico da afetividade na filiação. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109>>. Acesso em: 24 jan. 2006

LOMEU, Leandro Soares. *Afeto, abandono, responsabilidade e limite*: diálogos sobre ponderação. Belo Horizonte: IBDFAM, dez. 2009. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/222.pdf>

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: GEN/ Forense, 2017.

MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coordenadores). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*. São Paulo: Bookseller, 2001.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: GEN/ Forense, 2016, vol. 5.

NAZARETH, Eliana Riberti. *Direito de família e ciências humanas*. Cad. 2. São Paulo: Cultura Jurídica, 1998.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de visitas dos avós aos netos*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 2003.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio. *Guarda, visitação e busca e apreensão de filho*. Rio de Janeiro: Destaque, 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RODRIGUES, Silvio Rodrigues. *Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSENVALD, Nelson. Indenização por abandono afetivo: possibilidade. Carta Forense. 06/01/2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/indenizacao-por-abandono-afetivo-possibilidade/14838>>

SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de direito civil: direito de família*. 25. ed. Rio de Janeiro: GEN/ Forense, 2017, vol. 5.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda dos filhos*. São Paulo: Ltr, 1998.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 12. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016, vol. 5.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Dano moral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 16. ed. Rio de Janeiro: GEN/Atlas, 2016, vol. 6.

VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Separada da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21 (nova fase), maio 1979. Disponível em: <http://www.ibd-fam.org.br/_img/artigos/Desbiologizacao.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2017.